

Douglas Moura: Não conheço efetivamente os detalhes dessas modificações que estão sendo sugeridas. Sei que o ministro da Educação, em uma das declarações que ouvi na imprensa, indicou que o "popvão" não seria realizado mais com a frequência anual, e sim em períodos de três ou quatro anos/ou coisa assim, e que seria feito por amostragem. Mas de qualquer maneira não vejo por que não se fazer com todos os alunos, porque também o resultado dessa amostragem pode ser falaz, não sendo tradutor de uma realidade.

Artigos Doutrinários

Medida Cautelar Fiscal

Vinícius Caldas da Gama e Abreu*

Introdução

A medida cautelar fiscal é instituto há muito esquecido por parte dos operadores do Direito. Raras são as manifestações doutrinárias acerca da questão, sendo poucas as obras do porte de Curso de Direito Tributário ou Processual Tributário que mencionam a matéria. Sua aplicação ao caso concreto é bastante reduzida, já que os representantes fazendários não fazem uso da ação cautelar fiscal, o que impossibilita os Tribunais de formarem uma jurisprudência mais sólida no que tange à medida cautelar fiscal.

A edição da Lei 8.397/92, instituidora da medida cautelar fiscal, foi celebrada com muito otimismo pelos representantes das Fazendas Públicas na época, que viram nela uma forma de garantir o recebimento dos créditos públicos daqueles devedores que, com manobras escusas, evadiam-se de sanar sua dívida. Entretanto, duras críticas advindas da doutrina pátria (e até mesmo dos próprios representantes fazendários) aparentemente desestimularam seu efetivo uso.

Apesar disso, a lei ainda está em vigor, muito embora com alguns dispositivos de aparente inconstitucionalidade, e sua aplicação deve ser objeto de novas reflexões por parte dos operadores fazendários, uma vez que se trata de instru-

*Advogado em Goiânia, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás e pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Goiano de Direito Tributário – IGDT/UCG

mento para a segurança do recebimento dos créditos devidos à Fazenda.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos. Tem por objetivo fornecer uma visão panorâmica da medida cautelar fiscal, abordando as particularidades do procedimento necessário para sua concessão, trazendo, ainda, exemplos práticos e as mais relevantes manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua aplicação ao caso concreto.

1 Medida Cautelar Fiscal

1.1. Considerações Preliminares

O tema central do presente trabalho nunca foi objeto de grandes discussões doutrinárias. Seu uso, da mesma maneira, foi relegado em segundo plano, impossibilitando os Tribunais pátrios de formar uma jurisprudência sólida a seu respeito.

Todavia, percebe-se que o escasso número de aplicadores do Direito que fazem uso desse instrumento não tem o devido cuidado com a terminologia aplicada, causando certa confusão em seus artigos, petições e até mesmo em sentenças e acórdãos. Não raro vemos a Fazenda Pública dizer que “ajuizou” medida cautelar fiscal contra a empresa tal, bem como também não é incomum ver-se em acórdãos que “a medida cautelar não poderia ter sido interposta”.

É certo que muitos ainda não saberiam localizar onde se encontra a impropriedade terminológica nos exemplos citados. Alguns reagiriam indagando qual seria a importância da terminologia, uma vez que todos compreendem dessa maneira. Tenho o mesmo entendimento do brilhante Norberto Bobbio¹, citado pelo eminente Professor Paulo de Barros Carvalho:

(...) o rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência.

Dessa forma é necessário esclarecer que são duas coisas distintas os termos “medida cautelar fiscal” e “ação cautelar fiscal”. A primeira, corretamente empregada pelo legislador na Lei 8.387/92, é o provimento que o pólo ativo visa obter do juiz. Para obter tal provimento, o autor exerce o seu direito de ação propondo a respectiva ação cautelar fiscal, que dará origem a um processo cautelar fiscal. Ajuíza-se, portanto, a ação cautelar fiscal e não a medida cautelar fiscal.

1.2 Origem

A medida cautelar fiscal tem sua origem com a edição da Lei 8.397, em 06 de janeiro de 1992, ainda vigente com algumas alterações processadas pela Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997. A aludida lei contém o rito processual especial

a ser seguido, com os subsídios do Código de Processo Civil, para que se obtenha a pretendida medida cautelar fiscal.

1.3 Finalidade

A finalidade da medida cautelar confunde-se com a finalidade da ação cautelar e do processo cautelar, já que todos visam assegurar o resultado prático do processo de conhecimento ou do processo de execução, sendo que a ação dará origem a um processo que levará à obtenção (ou não) da medida cautelar pretendida. Nesse sentido, são as palavras do mestre Galeno de Lacerda²:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução

A medida cautelar fiscal, sendo também originária de um processo cautelar fiscal, também tem por finalidade garantir a prestação jurisdicional de um processo de execução, mas especificamente do processo de execução da dívida ativa da Fazenda Pública. Uma vez concedida, torna indisponível o patrimônio dos devedores para com o Fisco até o limite do valor exigido, frustrando com isso a tentativa de ser lesado o Estado tanto na fase administrativa quanto na judicial de cobrança.

Por ser uma forma muito violenta de garantia de recebimento dos créditos fazendários, a lei regente da medida cautelar fiscal permite sua concessão em apenas alguns casos específicos, seja quando o pólo passivo praticar atos que visem fraudar e impedir o recebimento dos créditos da Fazenda Pública ou possua débitos que ultrapassem 30% de seu patrimônio conhecido. Tais requisitos e os procedimentos processuais para a obtenção da medida cautelar fiscal serão estudados mais cuidadosamente no item seguinte do presente trabalho.

1.4 Procedimentos processuais para a obtenção da medida cautelar fiscal

A medida cautelar fiscal pode ser requerida, obviamente, pela Fazenda Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios que possui um crédito constituído contra um particular em via de execução. É importante ressaltar que somente pode ser requerida a medida cautelar após a constituição definitiva do crédito³, tributário ou não, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, traduzida no seguinte julgado:

Tributário. Medida cautelar fiscal. Improcedência.

1. Improcede a medida cautelar fiscal contra contribuinte que está, ainda, discutindo, na instância administrativa, pela via recursal, o valor tributário que lhe está sendo exigido.

2. Caso de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, CTN).

3. Não-interposição da execução fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias.

4. Débito liquidado.

5. Recurso provido. (REsp 279.209/RS, 1ª Turma, Relator: Min. José Delgado, DJU de 02/01/01)

Para o requerimento da medida cautelar fiscal não é necessário que já tenha sido ajuizada a ação de execução judicial da dívida ativa, podendo ela ser requerida também pela via de ação preparatória. Entretanto, nesses casos, a Fazenda Pública deverá, nos termos do art. 11 da lei instituidora da medida cautelar fiscal, propor a ação executiva (principal), quando a medida cautelar for concedida, no prazo de “60 (sessenta) dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa”.

É inegável que a parte final do supracitado art. 11 está em total descompasso com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acima colacionada, uma vez que sua aplicação ocasionaria situações absurdas. Uma vez que a jurisprudência do STJ julga ser improcedente o pedido de medida cautelar fiscal, quando o crédito não estiver definitivamente constituído, e uma vez que, no caso de medida cautelar fiscal concedida em procedimento preparatório, a Fazenda Pública deverá propor a ação de execução judicial da dívida ativa, no prazo de 60 dias contados da data em que o crédito estiver devidamente constituído, sob pena de perda da eficácia da medida concedida, temos, então, que a medida cautelar fiscal só pode ser requerida via de ação preparatória no prazo de 60 dias da constituição definitiva do crédito, sendo vedado seu requerimento posterior, uma vez que o prazo sexagesimal para a propositura da ação principal já terá se esgotado.

Nesse caso, portanto, a solução mais prudente seria a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil: considerar a data de início da contagem do prazo de 60 dias para a propositura da ação principal a mesma do art. 806 do CPC, ou seja, da data da efetivação da medida cautelar.

A Lei 8.397/92 traz, em seu art. 2º, um rol taxativo dos casos em que é possível o requerimento da medida cautelar fiscal. Em sua maioria, são situações em que o devedor da obrigação tenta desfazer-se de seus bens ou fraudar o pagamento de sua dívida. Dessa forma, a Fazenda Pública pode manejar ação cautelar com o intuito de obter a medida cautelar fiscal quando o devedor: a) sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixar de pagar a obrigação no prazo fixado; b) tendo domicílio certo, ausentar-se ou tentar ausentar-se, visando elidir o adimplemento da obrigação; c) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; d) contrai ou tenta contrair dívidas que comprometem a liquidez de seu patrimônio; e) notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: e.1.) deixar de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; e.2.) põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros; f) possui

débitos inscritos ou não em dívida ativa, que, somados, ultrapassem 30% de seu patrimônio conhecido; g) aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei, que é exatamente o caso do arrolamento administrativo; h) tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta pelo órgão fazendário; i) pratica atos que dificultem ou impeçam a satisfação do débito.

Nesse diapasão, conjugados o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o rol de situações supracitadas, são requisitos essenciais para a concessão da medida cautelar fiscal prova documental de algum dos casos elencados no parágrafo anterior e prova literal da constituição definitiva do crédito fiscal, ou seja, além de prova da constituição do crédito propriamente dito, prova de que contra aquele crédito não existe qualquer reclamação administrativa ou, se existir, que esta já tenha transitado em julgado com decisão favorável à Fazenda Pública.

O juízo competente para a apreciação do pedido de medida cautelar fiscal é o juiz competente para a execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública que pleiteá-la. É certo que nos casos em que a execução estiver no Tribunal, a competência para o julgamento da medida pleiteada recairá sobre o desembargador relator do recurso. Desse modo, a petição dirigida ao órgão competente para seu julgamento deve ser devidamente fundamentada, indicando as provas que serão produzidas.

Nesse instante, o juiz competente apreciará o pedido de medida liminar (que será estudado mais atentamente no próximo item) determinando, logo após, a citação do requerido para apresentar sua contestação, indicando as provas que deseja produzir, no prazo de 15 dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido ou da juntada aos autos do mandado de execução da medida cautelar fiscal, quando concedida liminarmente.

Havendo a apresentação da peça contestatória, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento, no caso de haver nela prova a ser produzida. Se a matéria versada for somente de direito o juiz julgará antecipadamente a lide. No caso de não apresentação da contestação aplicar-se-ão os efeitos da revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pela Fazenda Pública e o juiz decidirá em 10 dias.

Se o juiz, ao julgar o mérito *causae*, decidir pelo indeferimento da medida cautelar fiscal pretendida, não fica obstado o direito de a Fazenda Pública ajuizar a execução judicial da dívida ativa nem influi no julgamento desta, exceto se o julgador, no processo cautelar fiscal, acolher a alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda ou qualquer outra modalidade de extinção do crédito objeto

da demanda, uma vez que nesses casos a sentença proferida no processo cautelar fiscal faz coisa julgada material. Em todos os outros casos de indeferimento da medida cautelar pretendida, a sentença proferida pelo magistrado faz apenas coisa julgada formal.

Da sentença que decretar a medida cautelar fiscal caberá recurso de apelação, que será recebido apenas em seu efeito devolutivo, salvo de o requerido oferecer garantia correspondente ao valor do crédito objeto da demanda. Serão admitidas quaisquer das garantias elencadas no art. 9º da Lei de Execuções Fiscais. O prazo para oferecer o recurso de apelação será o mesmo do Código de Processo Civil (10 dias) já que a Lei 8.397/92 não traz em seu bojo prazo diferente.

1.5 Provimento liminar

A redação do art. 7º da Lei 8.397/92 não deixa muita margem para a aplicação do princípio do livre convencimento do juiz no que tange à concessão da medida cautelar fiscal. O texto da lei, por demais imperativo, determina que “o juiz concederá liminarmente a medida cautelar fiscal, dispensada a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução”. A interpretação sistemática e teleológica da norma em tela, notadamente sua conjugação com o art. 3º do mesmo preceptivo legal, impõe a conclusão de que, preenchidos os pressupostos para o requerimento da medida cautelar fiscal, exsurge o direito de a Fazenda Pública obter a conseqüente tutela judicial, que nada mais é do que a salvaguarda do próprio processo executivo, enquanto instrumento de satisfação dos direitos que gozam de presunção de liquidez e certeza.

Trata-se, pois, de direito público subjetivo da requerente, intencionalmente concedido pelo legislador ordinário para melhor, mais eficiente e mais eficaz garantia do interesse público.

O despacho que conceder liminarmente a medida cautelar fiscal desafia o recurso de agravo de instrumento, nos termos do parágrafo único do art. 7º. Tenho o entendimento que cabe também agravo de instrumento da decisão que indeferiu pedido liminar de medida cautelar fiscal, por respeito ao princípio da isonomia e do princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, toda decisão de relevância que o juízo de 1º grau toma pode ser objeto de revisão por um Tribunal hierarquicamente superior.

Corroborando tal entendimento, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região julgou agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra decisão que indeferiu a medida cautelar fiscal liminarmente pleiteada:

Tributário. Medida cautelar fiscal. Ausência de requisito. Ativos financeiros. Bloqueio. Impossibilidade.

1. Embora para o ajuizamento de medida cautelar fiscal não se exija a

constituição definitiva do crédito da Fazenda Pública, mas tão-somente que fique demonstrada a probabilidade do direito alegado, na hipótese não restou configurada a presença conjunta dos requisitos que autorizam a sua concessão.

2. O bloqueio dos ativos financeiros dos administradores, bem assim da empresa agravada não é razoável, pois impossibilita o desenvolvimento da própria atividade empresarial.

3. Agravo improvido. (TRF 5ª Região, AgIn 41.786/RN, 4ª Turma, Rel.: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ de 04/09/02)

Dessa forma, cabível, portanto, o recurso de agravo de instrumento também em decisão que indefere a medida cautelar fiscal liminarmente requerida.

Uma vez concedida a medida cautelar fiscal em caráter liminar, o magistrado ordenará a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação do crédito e determinará a comunicação aos Cartórios de Registro de Imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens. Todavia, o pólo passivo poderá substituí-la, a qualquer tempo, pela prestação de garantia na forma do art. 9º da Lei de Execuções Fiscais, ou seja, depósito em dinheiro; fiança bancária; nomeação de bens à penhora e indicação à penhora de bens oferecidos por terceiros. Sobre o pedido de substituição, a Fazenda Pública interessada será necessariamente ouvida no prazo de cinco dias. A falta de sua manifestação presumirá sua aquiescência ao pedido, de acordo com a letra do art. 10 da Lei 8.397/92.

A medida cautelar liminarmente concedida poderá ser, a qualquer tempo, revogada e modificada e conservará, salvo decisão em contrário, sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário.

A eficácia da medida cautelar fiscal liminarmente concedida cessa se a Fazenda Pública não propuser a execução judicial; se não for executada dentro de trinta dias; se for julgada extinta a execução judicial da dívida ativa ou se o requerido promover a quitação do débito que está sendo executado. Nos três primeiros casos de perda da eficácia da liminar concedida é vedado à Fazenda Pública repetir o pedido de medida cautelar pelos mesmos fundamentos.

2. Críticas à medida cautelar fiscal

Ainda que raramente utilizada para a garantia da execução dos créditos das Fazendas Públicas, a medida cautelar fiscal foi alvo de diversas críticas até mesmo por membros das próprias Fazendas Públicas. Milton Flaks, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, teceu o seguinte comentário acerca do tema:

Em suma, diante do exposto, a medida cautelar fiscal, recebida em certos círculos fazendários como uma verdadeira panacéia, capaz de remediar todos os males, em nada ou

muito pouco aproveita à Fazenda Pública. É duvidoso, inclusive, que surta sequer efeitos psicológicos. Se serve, apenas, para dilatar em favor do Fisco o prazo de eficácia do arresto, este resultado seria igualmente atingido mediante simples acréscimo ao capítulo do próprio CPC, sem necessidade de uma lei malconcebida e tecnicamente defeituosa⁴.

O professor paranaense James Marins também teceu diversas críticas ao instituto em estudo:

Nossa crítica se dirige não à necessidade dos instrumentos, mas aos injurídicos engenhos criados pelo legislador, verdadeiras construções *estranhas ao Direito*, como adverte o grande Ferreiro Lapatza para quem não se mostra possível falar-se em igualdade das partes em um processo em que o juiz vê-se freqüentemente obrigado a aplicar ficções legais e presunções *iure et de iure* que invertem as regras ordinárias quanto ao ônus da prova, exatamente como sucede nas novas alterações processuais tributárias preconizadas⁵.

A maior crítica a se fazer à medida cautelar fiscal é a desigualdade processual a que estão submetidas as partes, uma vez que o juiz é freqüentemente obrigado (nos termos do art. 7º da Lei 8.397/92) a aplicar presunções que muitas vezes não traduzem à realidade, prejudicando sempre o pólo passivo da demanda ao conceder a medida cautelar fiscal pretendida pela Fazenda Pública. Ora, considerar a simples venda de um imóvel como presunção de fraude, simulação ou qualquer obstáculo à satisfação do crédito da Fazenda sem qualquer prova mais substancial é subverter todas as regras referentes ao ônus da prova, além de destoar de todo o sistema processual do Código de Processo Civil no que tange às liminares em ações cautelares, que necessitam, para sua concessão, de uma “situação jurídica individualizada justificadora da concessão de medida *inaudita altera parte*”⁶.

3. Casos práticos

Um caso ilustrativo bastante peculiar é o de uma ação cautelar fiscal ajuizada pela União Federal buscando o deferimento de medida cautelar fiscal para tornar indisponíveis os bens em montante suficiente para o pagamento do crédito fazendário de um empresário brasileiro residente na Argentina. Alegou, para tanto, que o empresário possui débitos inscritos em dívida ativa em montante superior a 30% de seu patrimônio conhecido e que não possui domicílio certo, esquivando-se sempre visando elidir o adimplemento da obrigação. O relatório da sentença proferida pelo Magistrado Carlos Guilherme Francovich Lugones, da 2ª Vara Federal de Execução Fiscal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, descreve a pretensão da Fazenda Nacional:

A União (Fazenda Nacional) ajuíza a presente medida cautelar fiscal⁷ em face de XXXXX, requerendo o deferimento de medida liminar *inaudita altera pars* a fim de que se determine a indisponibilidade de tantos bens do réu quantos bastem para garantir a execução fiscal em apenso (Processo 98.0058926-0)

Alega, em suma, que o réu é diretor-presidente da Transportadora Coral S/A, execu-

tada no processo de execução fiscal 98.0058926-0; que as informações obtidas em todos os juízos em que tramitam execuções fiscais em face da executada indicam sua extinção irregular, sem anterior quitação de seus débitos; que inúmeras foram as tentativas de citação da executada e de seus sócios, sem êxito; que após realizar diversas buscas, verificou que o réu XXXX encontra-se residindo em Mendoza, na Argentina, sendo um dos maiores produtores de vinho daquele país, através da casa “Bodegas Y Cavas de XXXX S.A.”, de sua propriedade, cuja produção é encaminhada para os mercados europeu e estadunidense; que a extinção irregular da empresa e o comportamento esquivo do demandado, que estabeleceu-se em território alienígena, caracterizam a responsabilidade fulcrada no art. 135 do Código Tributário Nacional; que estão caracterizadas também as situações descritas nos incisos I, V, a e VI do art. 2º da Lei 8.397/92, a autorizar o deferimento da medida liminar; que o Protocolo de Ouro Preto de medidas cautelares autorizou a possibilidade de execução de medidas executivas, através de carta rogatória.⁸

No caso apresentado, o julgador, utilizando-se do Protocolo de Ouro Preto⁹ e entendendo sólidas as alegações da Fazenda Nacional, determinou liminarmente a indisponibilidade de tantos bens do requerido bastassem para garantir o débito descrito na ação de execução fiscal, ordenando a expedição de carta rogatória à Argentina para que fosse cumprida a medida cautelar fiscal¹⁰.

4. Posicionamento jurisprudencial

Uma vez que ação cautelar fiscal não caiu no gosto dos representantes fazendários, pouca é a jurisprudência acerca da medida cautelar fiscal. Entretanto, os poucos Tribunais que decidiram sobre a matéria vieram esclarecer alguns pontos controversos da Lei 8.397/92.

O primeiro ponto resolvido foi a respeito da improcedência do pedido de medida cautelar fiscal quando o pólo passivo ainda está discutindo o crédito fazendário em sede de recurso administrativo.¹¹

Outra questão controvertida resolvida foi os limites da indisponibilidade dos bens do devedor objetivada pela medida cautelar fiscal, podendo alcançar até mesmo os bens dos sócios da pessoa jurídica demandada. O Tribunal Regional da 4ª Região assim entendeu¹²:

Medida Cautelar Fiscal.

Presentes os requisitos autorizadores, correta a medida cautelar fiscal concedida. Caso em que há fortes indícios de atos tendentes a frustrar a execução judicial da dívida ativa.

Limites. A indisponibilidade deve ficar limitada aos bens do ativo permanente da pessoa jurídica executada, observado o limite do débito pendente (art. 4º, Lei 8.397/92). Se insuficiente, alcançará os bens particulares do sócio executado. Agravo parcialmente provido. Vencida parcialmente a relatora, que negava provimento ao agravo. (TRF 4ª Região, AgIn. 9604207016/PR, 2ª Turma, Rel: Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJ 15/01/97, p. 1034)

O mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu acórdão com o juízo de que é possível a concessão de medida cautelar fiscal com o intuito de obter a indisponibilidade dos bens de empresa em liquidação extrajudicial:

Tributário. Ação cautelar fiscal. Empresa de seguros em regime de liquidação extrajudicial. Pedido de indisponibilidade dos bens do ativo permanente.

1. O art. 187 do CTN estabelece a independência da cobrança do crédito tributário em face de qualquer outro procedimento, ainda que de caráter universal, tal como a falência, a concordata ou o concurso de credores. O crédito tributário não se submete à habilitação nos juízos universais a que a regra se reporta, assegurada à Fazenda Pública a execução de seus créditos por meio de ação própria, no caso, a Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais). A Fazenda pode executar diretamente os bens do insolvente, porquanto seu privilégio se sobrepõe a todos os demais credores, exceto aqueles cujos créditos decorrem da legislação trabalhista.

2. O INSS, já tendo iniciado a demanda executiva, possui direito a provimento jurisdicional que garanta a satisfação de seus créditos, evitando, assim, que a empresa, ainda que em regime de liquidação extrajudicial, promova a alienação do ativo permanente, ou seja, do patrimônio mobiliário e imobiliário.

3. Apelação improvida. (TRF 4ª Região, AC 235.319, 1ª Turma, Rel.: Juíza Eloy Bernst Justo, DJ de 17/01/01, p. 70)

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que é incabível medida cautelar fiscal para declarar indisponíveis os bens do sócio-gerente da pessoa jurídica que não praticou ato ilegal ou com abuso de poder:

Recurso especial. Alínea a. Execução fiscal. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens do sócio. Responsabilidade do sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Art. 4º, § 2º, da Lei 8.397/92. Não-aplicação.

A responsabilidade excepcional do sócio-gerente somente se configura quando, no exercício da atividade de administração da pessoa jurídica, restar demonstrado que este agiu com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, a teor do disposto no art. 135 do CTN, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

Não deve prevalecer, portanto, o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 8.397/92, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, “a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador”. Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento.

Recurso especial não conhecido. (REsp 197.278/AL, 2ª Turma, Rel:

Min. Fraciulli Netto, *DJ* de 24/06/02, p. 233)

Conclusão

A Lei 8.397/92, que prevê a medida cautelar fiscal, foi instituída com o intuito de dar uma segurança maior à Fazenda Pública, no que tange à garantia de recebimento de seus créditos, tributários ou não. É instituto deveras mais violento que o arresto e o seqüestro previstos pelo Código de Processo Civil, uma vez que os requisitos para sua concessão são revestidos de presunção tal que não deixam alternativa ao julgador senão conceder a medida pleiteada. Dessa maneira, acaba invertendo o *onus probandi* deixando a cargo do devedor a prova de que praticou certo ato (que comumente estaria revestido de boa fé) sem o intuito de lesar a Fazenda.

Aos olhos de alguns a aludida lei não fez mais que proteger os créditos das Fazendas Públicas, beneficiando assim a coletividade em detrimento do devedor. Seria medida benéfica e eficaz, capaz de evitar o famoso "ganhou e não levou", tão comum em nossos Tribunais. Aos olhos de outros seria medida eivada de inconstitucionalidade, uma vez que presume fraude do devedor se ele realiza atos como uma simples compra e venda, levando à decretação de indisponibilidade dos bens do devedor mesmo se aquele ato não tenha tido qualquer finalidade fraudulenta, cabendo a ele fazer prova da boa-fé do ato (o que é muitas vezes quase impossível, já que boa e má-fé são conceitos revestidos de enorme subjetividade).

Coaduno com a segunda opinião. Por mais que os créditos fazendários devam ser protegidos, a presunção de boa-fé dos atos praticados por particulares também deve ser. Ademais, a inversão do ônus da prova só deve ser admitido em casos excepcionais, mormente quando a parte requerente é muito mais fraca que a requerida, o que não é o caso em questão.

Dessa forma, responder à indagação de se a medida cautelar fiscal seria instrumento efetivo para a garantia dos interesses do Fisco ou "lei que não pegou" é muito complicado. O instrumento é deveras efetivo, mas está em visível desuso. E a causa do desuso talvez resida no fato de os representantes fazendários terem tamanha consciência da ilegalidade do procedimento de concessão de medida cautelar que, em respeito aos direitos dos cidadãos, não façam dela uso.

Referências Bibliográficas

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed. 2002.
- CASSONE, Vittorio. CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. *Processo Tributário – Teoria e Prática*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- DE LACERDA, Galeno. *Comentário do Código de Processo Civil*. v. III, Tomo I, São Paulo: Forense, 1999.

FLAKS, Milton. *Medida Cautelar Fiscal*. RDA 192/61.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

Notas:

¹ BOBBIO, Norberto *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed. 2002, p. 240.

² DE LACERDA, Galeno. *Comentário do Código de Processo Civil*. v. III, Tomo I, São Paulo: Forense, 1999 p. 15.

³ Kiyoshi Harada apresenta posicionamento peculiar, com o entendimento que a medida cautelar fiscal pode ser requerida, excepcionalmente, sem a prévia constituição do crédito tributário quando o contribuinte notificado a recolher tributo põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros e quando aliena, onera ou transfere os bens arrolados, sem prévia comunicação ao Fisco.

⁴ FLAKS, Milton. *Medida Cautelar Fiscal*. RDA 192/61.

⁵ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 480.

⁶ Op. cit. p. 482.

⁷ O termo correto seria “Ação Cautelar Fiscal” uma vez que a medida cautelar fiscal não é ação não podendo, assim, ser ajuizada. A medida é o resultado pretendido com o ajuizamento da ação respectiva. (Vide item 1.1)

⁸ Processo 2002.5101507956-4/RJ

⁹ O Protocolo de Ouro Preto (Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul) foi assinado por todos os países componentes do Mercado Comum do Cone Sul - Mercosul na data de 17/12/94 e permitia, entre outras assuntos, a extensão dos efeitos da medida cautelar fiscal aos bens de pessoa residente em qualquer dos países do Mercosul. Entretanto, só teve seu ingresso no Ordenamento Jurídico Brasileiro efetivado com a edição do Decreto 2.626, de 15 de junho de 1998.

¹⁰ Inteiro teor da decisão *in* <<http://www.aldemario.adv.br/medcauouro.htm>>. Acesso em: 10/08/03.

¹¹ REsp 279.209/RS – A ementa encontra-se transcrita no item 1.3.

¹² No mesmo entendimento: AgIn 32.024/AL – TRF 5ª Região; AgIn 111378/SC – TRF 4ª Região

Operações de Exportação e a Contribuição Social sobre o Lucro. Incidência Tributária

Júlio César Esposito*

Consoante seu art. 60, a Constituição Federal pode ser emendada mediante proposta (1) de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, (2) do presidente da República e (3) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação. É o processo legislativo que, expresso no art. constitucional 59, autoriza a modificação da ordem jurídica criada pelo poder

*Advogado.